

論 説

規範論から見たドイツ刑事帰属論の 二つの潮流（下）

杉 本 一 敏

- 1 はじめに
- 2 刑法規範論と刑法帰属論
 - 2.1 言語行為論
 - 2.2 刑罰法規の言語行為論的分析
 - 2.3 規範論から帰結する犯罪論・帰属論
- 3 帰属論的潮流Ⅰ：志向的行為帰責論（「一次規範＝結果惹起禁止」説）
 - 3.1 J. ルシュカ：規則の階層化モデルによる犯罪論構想
 - 3.2 U. キントホイザー：コミュニケーション行為論的な帰属論構想
(以上、37巻2号)
 - 3.3 U. ノイマン：対話（ダイアログ）的帰属論構想
 - 3.4 K. ギュンター：市民による答責性帰責論構想 (以上、38巻1号)
- 4 帰属論的潮流Ⅱ：客観的結果帰属論（「一次規範＝危険創出禁止」説）
 - 4.1 客観的結果帰属論の基本的構想：H.-J. ルードルフィの見解を中心に
 - 4.2 客観的結果帰属論の正当化論への伸張：L. クーレンの見解について
 - 4.3 客観的結果帰属論の犯罪予防観：D. クラッチュの見解について
 - 4.4 客観的結果帰属論の犯罪論体系：J. ヴォルターの見解を中心に
- 5 結語 (以上、本号)

4 帰属論的潮流Ⅱ：客観的結果帰属論 （「一次規範＝危険創出禁止」説）

前章(3)において、「志向的行為帰責論」の理論構造を確認し、そこから開かれる理論的展望を追った。志向的行為帰責論は、結果犯規定の行為規範（意思決定規範/評価規範）の内容を、端的に「条文の行動命題において

記述されている結果を惹起すること」に見出した。本章(4)ではこれに続いて、この理論と顕著な対立関係にあるもう一方の陣営、「客観的結果帰属論」の構想を検討する。客観的結果帰属論の理論的核心は、結果犯規定の行為規範の内容を「実質的な法益侵害の危険を創出すること」に見出す点にある。このような行為規範理解の方法はドイツ刑事帰属論において広範な支持を集めており、志向的行為帰責論を初めとした若干の先鋭な批判的論者を除けば、大多数の帰属論者は何らかの形でこの発想にコミットしている。

しかし既に述べたように、このような行為規範理解に対しては、言語行為論的・一般法理論的な規範分析に立脚する志向的行為帰責論の立場から根本的な批判が加えられた(2.3.2.2参照)。そして、この批判は規範論的に見て端的に正しいものである。純粋に規範論理の次元で争う限り、客観的結果帰属論の前提にある行為規範論は端的に「誤り」である可能性が高い。それにも拘わらず、この規範論的に誤った行為規範論に立脚する客観的結果帰属論が、今なおドイツの帰属論の潮流の主流をなしており、現在もその理論上の射程範囲を拡張し続けている。

以下においては、客観的結果帰属論がその規範論的前提において誤謬に陥っているという点(大要は既に2.3.2.2で述べた通り。)と、それにも拘わらず、この理論が根強く支持され、適用範囲を更に拡張してきているという点を、若干の客観的結果帰属論者の論旨に沿って確認する。その際、既に紹介した志向的行為帰責論者との理論的対立軸を鮮明に描き出すことに専ら重点を置き、それを通じて、客観的結果帰属論の思考方法の「理念型」のようなものを再構成したいと思う。まず初めに、客観的結果帰属論の根本にある発想を全て含んでいる H.-J. ルードルフィの見解を中心にその基本的思考方法を確認し、これを批判的に検討する(4.1)。続いて、客観的結果帰属論の正当化論への伸張(4.2)、客観的結果帰属論による犯罪予防の捉え方(4.3)、客観的結果帰属論から帰結する犯罪論体系(4.4)をそれぞれ批判的に概観しよう。

4.1 客観的結果帰属論の基本的構想：H.-J. ルードル フィの見解を中心に

志向的行為帰責論がルシュカの分析法学的な規則階層モデルを理論的前提としていたのに対し、客観的結果帰属論の出発点となる基本的発想を全て含んでいるように見受けられるのがルードルフィの犯罪論構想である。

4.1.1 犯罪論における意思決定規範性の偏重

ルードルフィの犯罪論の出発点にあるのは、規範論における行為規範の「意思決定規範性」から犯罪論の「不法要件論」を導く、以下のような推論である。

4.1.1.1 意思決定規範性から不法要件論を導き出す論証——誤った規範論的推論

ルードルフィは次のように言う。刑法は、侵害結果を防止するという目標実現のために、人間の行為を禁止（或いは命令）する、即ち（潜在的）行為者の意思に働きかける、という手段しか持たない（行為規範の意思決定機能）。「刑法規範は将来を目的的に形成するような人間の行為を禁止・命令できる」にすぎないのであり、従って「立法者が法益保護という任務を達成し得るのも、行為無価値〔行為者にとって事前的に可能な事柄〕によって画された枠内」に事実上限定されるのである（第1命題）⁽¹²⁹⁾。即ち、刑法的禁止が現実に効を奏するか否かは、禁止を受けた時点（行為決意時）において行為者⁽¹³⁰⁾が持ち得る物理的・精神的能力にかかっているものであり、行為時の行為者にとって認識不可能・実現不可能な事態の実現を法が望んでも、それは實際上無益なことである（2.3.1.2）。かくして「刑法的禁止の対象となるのは——事前的观点から判断して——具体的

(129) Hans-Joachim Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972（以下, Inhalt）S. 70.

(130) ここで言われる「行為者」とは「一般人」の意である。

な保護法益を侵害する可能性、蓋然性、ほぼ確実といえる程の蓋然性を具備するような行為に限られるのであり、刑法上の禁止とは危険化〔危険創出〕の禁止に他ならない」のである⁽¹³¹⁾、と。

以上の認識は、これが刑法規範の意思決定機能（「刑法-行為者」間における働き方）の記述だとされる限りでは、特に異論はない。刑法典各本条の行動命題が、行為者との関係で「禁止」として立ち現れるのはその通りであるし（2.2.1 参照）、この禁止が、行為者にとって實際上可能な限度でしか遵守され得ないということもまた事実だからである。その意味で、文言上は結果惹起の禁止を発している結果犯規定が、実際上はせいぜい危険化（危険創出）の禁止としての実効性しか持ち得ないということは、現実世界での各本条の機能描写としては正しいものである。

以上のように、刑法規範が行為者との関係で発揮する機能（意思決定機能）を描写したルードルフィは、その直後にこう続ける。「それ故、あらゆる規範違反の不法は行為無価値にある。…刑罰の下に服させることができるのは、人格的な行為無価値を示すような行動に限られる」⁽¹³²⁾（第2命題）。即ちルードルフィによれば、結果犯規定の行為規範は、行為者に対して実際には危険創出の禁止として作用するのだから（第1命題）、犯罪論において結果犯の不法要件となるのも、行為者がその実際の禁止作用に抗ったこと、即ち危険創出行為を行ったこと（＝行為無価値、概念の詳細は4.1.2.2 参照）に他ならない（第2命題）、というのである。ここで注意

(131) Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 (以下, Zweck), S. 76f. [邦訳: B. シューネマン編 (中山研一=浅田和茂監訳)『現代型法体系の基本問題』(成文堂, 1990) 所収 (川口浩一訳) 83頁]; ders., Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989 (以下, Rechtfertigungsgründe), S. 378; ders., in: Systematischer Kommentar für Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1997 (以下 SK-Rudolphi), Vor §1, Rn. 17ff., 57, 70. (引用文中の傍点は筆者。)

(132) Rudolphi, Inhalt, S. 70.

しなければならないのは、**第1命題**が各本条の「意思決定規範性（禁止）」、つまり対「行為者」の場面における各本条の機能を述べたものであるのに対し、**第2命題**は各本条の「評価規範性（定式化）」、つまり対「裁判官」の場面に関して述べられた命題だということである——というのも、犯罪論において何を基準として各本条の「不法」を認定するかは、ひとえに裁判官の事後的認定場面における問題だからである。

4.1.1.2 批判的考察

以上のルードルフィの推論には決定的な問題点がある。「結果犯の行為規範は危険創出禁止として働く」（**第1命題**）から「結果犯の不法要件は危険創出（行為無価値）である」（**第2命題**）を導き出すこの論証には、論理の飛躍があるのだ。既述の通り、各本条（例えば殺人罪規定）の行動命題は、その意味論的内容はただ一つ（「人を殺す」）であるにも拘わらず、語用論的には、対行為者の関係において「人を殺す」ことの「禁止」という発語内趣旨を伴って立ち現れ（「禁止（人を殺す）」）、対裁判官の関係では「人を殺した」という事態を以て違法と認定せよという、違法認定基準の「定式化」としての発語内趣旨を伴って立ち現れる（「定式化（人を殺す）」）。この両者は、問題となる「場面」が端的に異なるのである（以上につき2.3.2.2, 3.1.1.1）。従って、対行為者の場面において——ルードルフィが言うように——行為者にとって實際上可能なのが結果惹起の危険創出を左右することだけである（**第1命題**）としても、そこから直ちに、対裁判官の場面において、裁判官が事後的に結果犯認定を行うための不法認定基準を「結果惹起の危険創出」に求めなければならない（**第2命題**）という結論に至るわけではないのである。

犯罪論は、裁判官が事後的に犯罪事実認定を行う場面に関する議論である。従って、犯罪論にいう全ての犯罪要件は裁判官の事後的＝回顧的観点から構成されたものであり、犯罪要件該当事実は全て必ず裁判官による事後的＝回顧的認定を経たものである。これに対し、「行為時に可能な限度でしか刑法的禁止に應えられない」（**第1命題**）というのは、禁止を遵守

する能力に限界があるという事情を、禁止を受ける行為者の観点から述べた言明である。この事情を（犯罪阻却事由として）犯罪論へと取り込むとき、必然的に、行為者の事前的＝展望的観点から裁判官の事後的＝回顧的観点へと視座が転換される。「刑法-行為者関係」において通用する語法で語られていた事柄は、犯罪論に取り込まれる際に「刑法-裁判官関係」において通用する要件形式へと転換されねばならないのである⁽¹³³⁾。第1命題が行為者の観点から述べた事情は、裁判官的観点から捉え直されることで「行為者にとって統制可能だったと認められる事柄は彼に答責し、統制不可能だったと認められる事柄は彼に答責しない」という事後的＝回顧的な答責（阻却）判断基準へと変わる。その結果、必然的に「不法」（行為規範違反）要件とは別個の「答責性」（帰属）要件として犯罪論の中に入ってくるのである。従って、この要素が「行為無価値（の阻却）」という形で「不法」（行為規範違反）要件にそのまま取り入れられるという議論——ルードルフィの第2命題——は、規範論理的に見て誤りである⁽¹³⁴⁾。そこで志向的行為帰責論は、この事後判断的な答責要件を「帰属規則」の適用判断（行為帰属・責任帰属：二次法）として行為規則違反（違法：一次法）とは別個に体系化したのである。また、いわゆる客観的評価規範論（結果無価値論）者が、評価規範該当性を「違法」とする一方で、意思決定規範違反性を「責任」へと配属するもの⁽¹³⁵⁾、同様の発想に基づくものであろう。

(133) ハフケが、行為規範性〔意思決定規範性〕の観点から見た全メルクマールは犯罪論に入る際に「フィルターを通過させられ」、裁判官の事後的＝回顧的観点に立つ基準へと変形させられる旨述べていたのは（Vgl. Haffke, aaO, Fn. 26）このような趣旨であらう。

(134) 「不法」（行為規範違反）とは、各本条の文言が提示している違法認定基準に事実が当てはまるかという裁判官による評価規範該当性判断であり、各本条が裁判官に向けて「定式化」している基準——殺人罪規定で言えば「人を殺した」という結果惹起——が満たされた場合には、ただそれだけで認定されるのである（3.1.1.1）。

(135) 曾根威彦「客観的帰属論の規範論的考察」早稲田法学74巻4号（1999）162, 168頁、松原芳博「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002）331頁。

ルードルフィの立論にはこの他にも規範論上の難点がある。犯罪論において「不法」認定がなされ得るためには、論理必然的に、裁判官に対してその不法認定基準（評価規範）が定式化されていなければならない⁽¹³⁶⁾。上記のように、「結果犯の不法要件は危険創出（行為無価値）である」（第2命題）と結論したルードルフィは、財産犯規定のように一定の行為態様が条文に規定されている場合のみならず、殺人罪・過失致死罪のような所謂「純粋な結果犯」においても、不法となり得る特定の行為態様（危険創出）を画定しようとする。そして、殺人罪においては「社会的相当性の枠からはみ出た行為態様」に限って、過失致死罪においては「注意命令に違背し、かくてもはや法的に許された危険の枠内ではなく、或いはこの枠を踏み越えた行為態様」に限って、結果犯の不法構成要件に該当するものとしている⁽¹³⁷⁾。しかしこれは、認定基準が存在しない所で不法認定を行うものに他ならない。殺人罪や過失致死罪といった「純粋な結果犯」の規定には、このように行為態様（危険創出）を限定する記述は何ら存在しないからである。仮に、不法認定基準が結果犯規定の文言から離れて実質的判断によって措定されるというのであれば、そのような不法認定論は、憲法論（罪刑法定主義）上の疑義があるという志向的行為帰責論からの批判（2.3.2.1）を免れないだろう。

以上のように、ルードルフィの推論には規範論理上の誤謬が多々含まれているにも拘わらず、この推論は客観的結果帰属論者の共通認識となり、結果犯の犯罪論上の不法要件を結果惹起の「危険創出（行為無価値）」に見出す理論的根拠として援用され続けている。次に、このようにして導出された犯罪論上の不法要件へと目を転じよう。

(136) 曾根・前掲注(135) 167頁参照。

(137) *Rudolphi*, Inhalt, S. 62f.; *ders.*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969 (以下, Schutzzweck), S. 551. また Vgl. SK-*Rudolphi*, Vor §1, Rn. 62.

4.1.2 不法要件論——事態無価値・志向無価値・危険無価値

4.1.2.1 結果無価値（事態無価値）概念とその批判的考察

上で見たように、ルードルフィは「危険創出（行為無価値）」を結果犯の不法要素としたのだが、しかし彼をはじめ多くの客観的結果帰属論者は、結果犯において「事態無価値（結果無価値）」にこそ第一義的意義を認めるのであり、彼が結果犯の不法要件として「行為無価値」を要求した理由は、ひとえに上記の（誤った）規範論的推論にあるといっても過言ではない。意思決定規範性との関係で問題となる行為者の規範遵守能力を、直接「不法」要件において斟酌したために、本来は結果惹起（結果無価値）であった不法（規範違反）要件が危険創出（行為無価値）へと変貌してしまったのである。しかしこの点を除けば、ルードルフィは本来的に、犯罪論において事態無価値（結果無価値）を非常に重視する論者である。その背景にあるのが「刑法の任務は法益保護に尽きるのでなければならない」という憲法的・法治国家的原則、即ち「法益保護原理」⁽¹³⁸⁾である。全ての構成要件は「単なる道義違反を捕捉するのではなく、専ら具体的法益——有価値な社会的機能統一性——の侵害・危殆化に向けられた行為態様を捕捉する」という目標（憲法的制約）の下で解釈されねばならず⁽¹³⁹⁾、「行為無価値が存在していても、当該行為が保護法益に対する危険〔事態無価値〕を現実根拠付けけるものではなかった場合には、その処罰化は正に法益保護の面から見て適切ではない」⁽¹⁴⁰⁾、というわけである。

さて、客観的結果帰属論の核心には「行為と結果とを出来事として分離する」という行為論的発想がある、という点は先に述べた（2.3.1）。客

(138) Rudolphi, Inhalt, S. 66, 70, 72.; SK-Rudolphi, Vor §1, Rn. 2. ルードルフィの法益概念につき, Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für Richard M. Honig, 1970 (以下, Rechtsgutsbegriff), S. 163.; dens, Inhalt, S. 61. また伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂, 1984) 359頁以下。

(139) Rudolphi, Inhalt, S. 61.; ders., Rechtsgutsbegriff, S. 159f.

(140) Rudolphi, Inhalt, S. 70.

観的結果帰属論によれば、結果犯における「結果」とは、手段的な前段階に位置する「行為」から完全に分断されるべき、外界の一個の事態である。そして、このように行為と結果がそれぞれ別個の外的事態を指す概念として措定されたが故に、この二つの事態を繋ぐための「客観的帰属」という観念が要求される（後述4.1.3.1）。このような行為論的発想を助長しているのが、ここで述べた「法益保護原理」の重視、そしてそれに基づく実質論の偏重（実定形式の軽視）なのである。客観的結果帰属論は、結果犯における「結果」要件を、各本条に形式的に規定されている結果記述（例えば「人を殺した」「放火した」）に直接求めるのではなく、文言の背後に常に実質的法益侵害（例えば「生命法益の侵害・危殆化」）という不文の事態を想定し、これを以て「結果」要件とする。従って、「結果」概念に当てはまるのは実質的な法益侵害事態に限られ、その前段階にある事態はせいぜい「行為」として捕捉されるにすぎない（例えば銃殺の場合、殺害は生命法益侵害であるからひとえに「結果」であって「行為」ではなく、発砲は——危殆化結果を度外視すれば——弾丸が発射されるという事態が発生しても「行為」であって「結果」ではない）。つまり、実質的法益侵害に到達した段階とそれ以前の段階との間に、結果概念と行為概念とを区別する固定的な境界線が引かれるのである。このような前提からすれば、結果と行為は常に二つの別個の出来事として対置されざるを得ず、志向的行為帰責論のように事象経緯全体を「行為統一体」として帰属するような理論構成（2.3.2.1）に至る余地は無いことになる（4.4を参照）。

4.1.2.2 行為無価値（志向無価値・危険無価値）概念とその批判的考察

次に、ルードルフィのいう結果犯の「行為無価値」とは一体何か。ルードルフィによれば、行為無価値とは、一定の事態無価値を追求（*erstreben*）しているというその性質、即ち志向性（*Intentionsrichtung*）であるという。人間の行為態度が善いとか悪いとか評価されるのは、その行為態度が一定の事態を追求・志向しているが故にであり、従って「事態無価

値」を志向しない「行為無価値」なるものは概念上存在し得ない。このように「事態無価値を追求・志向する人格的態度」として把握される行為無価値は、定義の上では事態無価値に従属しているわけだが、その実際の認定にあたっては、現実には事態無価値が実現したということには従属せず、実際には結果惹起に至らなかった場合でも、結果惹起へ向かおうとした方向性としての行為無価値は単独で存在し得るのだという⁽¹⁴¹⁾。この「事態無価値を追求・志向する人格的態度」としての行為無価値は、精確には「志向無価値」⁽¹⁴²⁾とも呼ばれ、具体的には行為者が「故意的に」（主観的に）、または「過失的に」（客観的に支配可能な形態で）事態無価値の実現を目的化したことを意味している⁽¹⁴³⁾。

以上の論旨からすると、ルードルフィのいう行為無価値とは、「行為」という——「結果」から峻別された——出来事の時点における行為者の外的挙動や内心状態、つまり「行為」時に存在した事実を静的に問う要件などではないことが判る。「行為無価値」とは本来、行為者が結果惹起事象全体を通して事態無価値を追求する人格的態度を貫いていたという、いわば「結果」関係的な行為者態度の評価だったのではないか。ルードルフィの次の説明は、この見方を裏付ける。「行為無価値〔＝志向無価値〕で問われる事柄は次の二点である。①第一に——事前的に判断して——行為者が彼の行為によって構成要件に該当する事態無価値を追求しているか否か、そしてその追求の程度。②第二に——発生した不法結果から事後的に判断して——客観的に構成要件に該当する方法によって行為者が惹起した不法結果が、彼に対して人格的に帰属され得るか否か、そしてその帰属の程度。この②の確定は①と対になっている」⁽¹⁴⁴⁾。②が明言しているよう

(141) Rudolphi, Inhalt, S. 54ff., 65. また、行為無価値の事態無価値に対するこの概念的従属性故に、法益概念は行為無価値の範囲画定に際しても機能することになる（S. 61）。

(142) Rudolphi, Inhalt, S. 57.; ders., Zweck, S. 82〔川口訳89頁〕。

(143) Vgl. Rudolphi, Inhalt, S. 58, 69.

(144) Rudolphi, Inhalt, S. 68. 引用文中の傍点は筆者。

に、行為無価値は実は事後的な帰属判断なのである⁽¹⁴⁵⁾。つまり、結果惹起が客観的・因果的見地からみて行為者行動の帰結であるという評価が「結果無価値」であるのに対し、結果惹起が社会的・道義の見地からみて行為者態度の仕業であるという評価が「行為無価値」なのであって、両者は共に結果惹起事象全体を対象とした事後判断に他ならず、異なるのはその評価の視点だけである。結果無価値判断は結果惹起までを対象とするが、行為無価値判断は行為段階までしか対象としないといったように、判断対象に時間的区別が設けられるわけではない。ルードルフィがN. ハルトマンの「道義的価値は事物的価値の上に成り立つ」というテーゼを援用し、「行為無価値は結果無価値を物質的な前提とする」と述べるのも⁽¹⁴⁶⁾、正しく、結果惹起事象全体を対象＝物質的基礎（結果無価値）として道義的評価（行為無価値）が成り立つという関係を表現したものにも他ならない。

先に見たように、志向的行為帰責論に立つキントホイザーは、単なる裸の因果的事実である「結果惹起」が、行為者の行為自由——即ち、故意的態度・過失的態度による現実的・潜在的行為統制⁽¹⁴⁷⁾——の所産であるとの社会的評価を事後的に受けた場合に、その結果惹起事象全体が行為者の「行為」と見なされると論じ、この判断が「行為帰属（第一段階帰属）」で

(145) なお、これに対し①は行為無価値の事前判断性を強調しているが、これは専ら未遂犯の可罰性を念頭に置いた記述であると解される（Vgl. Rudolphi, Inhalt, S. 69f.）。未遂犯においては、既遂結果（事態無価値）に向かう志向性（行為無価値）は存在しているが、肝心の事態無価値（既遂結果）が発生しておらず、或いは、志向された事態無価値とは異なる軽い事態無価値（既遂結果の具体的危険）が発生したにすぎない。そのため、未遂犯の場合の行為無価値を、②のように「発生した不法結果の事後的帰属判断」として把握するのは困難なのである。ところが志向的行為帰責論者は、この未遂犯の場合ですらこの事後的帰属判断が可能であるとしている（Vgl. Vogel, Norm, S. 73f.）。

(146) Rudolphi, Inhalt, S. 55.

(147) Kindhäuser, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96, 1984, S. 24f. 行為無価値が事態無価値に概念的に従属する、というルードルフィの理論的前提は、志向的行為帰責論の前提にある志向論的な行為理解と非常に似ている。Vgl. Kindhäuser, Basis-Handlung, Rechtstheorie 11, 1980, S. 487ff.

あった。即ち、結果惹起全体を判断対象として、その因果的「意味」の確定を「違法（行動規範違反）」要件とし、その社会的「趣旨」の確定を「帰属」要件として区別したのである（3.2.1参照）。こうして見ると、ルードルフィが行為無価値と呼んでいる要件は、実は志向的行為帰責論が「行為帰属」として位置付けた要件と同じものではないかと推測される。つまりルードルフィの「行為無価値」とは、志向的行為帰責論者のいう帰属論の一部（行為帰属）を違法論に取り込んで論じたものなのである。

このように、ルードルフィの「行為無価値」論の発想は、その原点において志向的行為帰責論の発想と酷似していた。しかしこの発想は、ルードルフィの（誤った）規範論的推論（4.1.1.1）によって歪められることになる。既に見たように、彼は結果犯の行為規範違反要件を「結果惹起の危険創出」に見出した。そのため、この行為規範違反に該当する客観的事態が、「結果」とは別個に措定されざるを得ない。そしてこの客観的事態（「保護法益に対する危険創出」）は、最終的な結果惹起（結果無価値）の前段階の事態なのであるから「危険性無価値」（「第一段階の結果無価値」）であるとされ、これが行為無価値の客観的側面として理解されたのである⁽¹⁴⁸⁾。その結果、「①まず危険創出（行為無価値の客観的側面）があり、②次いで危険増加を経て、③最後に結果惹起（結果無価値）へと至る」⁽¹⁴⁹⁾という、客観的に事象が展開していく時系列が想定され、その中で行為無価値は、

(148) Vgl. *Rudolphi*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978 (以下, Prüfung), S. 82; *dens.*, Zweck, S. 82 [川口訳89頁]. ここにいう第一段階の結果無価値という発想につき Vgl. *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Zurechnung, ZStW 89, 1977, S. 682; *dens.*, objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 26, 28, 50.

(149) SK- *Rudolphi*, Vor §1, Rn. 67. このうち行為者に対して事前的に禁止できるのは①, ②に限られ (Rn. 70), ①から②へ, ②から③への実現は裁判時の判明事情を下に事後判断的に問われる (Rn. 69). しかし, ②の危険増加が一方で事前的な禁止対象とされ, 他方でその発生が事後的にしか確定され得ないというのは, ルードルフィの規範論的前提と矛盾するのではないか。

結果惹起の時間的前段階にある一個の出来事についての評価になってしまったのである。そのため、行為無価値の本来的内容であった志向無価値も、この危険創出という客観的出来事の時点における行為者の「主観的事実」（内心事情）を意味する要件に変わってしまった⁽¹⁵⁰⁾。こうしてルードルフィは当初の「行為無価値」概念から離れ、共に目的的行為論を出発点とした志向的行為帰責論とは袂を分かち、「行為（危険創出）と結果とを完全に分断する」という客観的結果帰属論に固有の理論的素地を作ったのである。

4.1.3 客観的結果帰属論の帰属概念とその批判的考察

ルードルフィの以上の規範論・不法要件論からは、「客観的帰属」と「人格的帰属」という二つの全く異なる帰属概念が帰結する。以下、順に検討する。

4.1.3.1 「客観的帰属」概念の生成根拠と二重機能性

——結果惹起の認定機能（評価規範性）と危険創出禁止の確証機能（制裁規範性）——

客観的結果帰属論においては、上記の——誤った——規範論的推論に基づき、結果犯の不法（行為規範違反）要件は「危険創出」となり、この危険創出（行為無価値）と結果犯規定の本来の違法認定基準である結果惹起（結果無価値）とが別個の出来事として完全に分裂した。結果犯認定に際しては、ここで生じた溝を埋めなければならない。つまり、行為無価値と結果無価値とが相互に無関係に存在しているだけでは結果犯不法は根拠付けられず、「行為無価値と結果無価値とが緊密な相互関係を有しているこ

(150) Rudolphi, Zweck, S. 82〔川口訳89頁〕は、行為無価値の構成要素を、行為態度の客観的な危険性無価値と、主観的な志向無価値であるとしている。その結果、故意・過失は人格的帰属要素であるのと同時に不法構成要件（行為無価値）の主観的メルクマールでもある（二重の地位）という複雑な体系が帰結する。Vgl. Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, in: ders. (Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993（以下, Strafwürdigkeit）, S. 279f.

と」, 即ち, 行為者が「構成要件に該当する不法結果を, 正にその構成要件において否定的評価を受ける態様・方式によって実現したこと」が必要だとされる⁽¹⁵¹⁾。この要件が「客観的帰属」である。客観的帰属は, 分裂した「結果」と「行為」という出来事の間を繋ぎ, それによって, 結果惹起事象全体が結果犯規定の客観的構成要件(評価規範)に該当することを確定するための要件である⁽¹⁵²⁾。この要件は, 具体的には, 行為者の行為が「(事前判断的に見て) 結果発生 of 法的に許されない危険を創出し, 且つ, (事後判断的に見て) その危険が現実 to 具体的な結果惹起事象の中に実現したこと」(危険連関)⁽¹⁵³⁾ という定式で表されている。

客観的帰属によって行為と結果とを繋ぐとき, 客観的結果帰属論がそこで実質的に意図しているのは, 各本条の行為規範が現実社会において二つの場面で果たしている作用を架橋することである。行為規範が「意思決定規範」として作用する場合, その名宛人である行為時の市民は, 結果惹起禁止を命じられても實際上「危険創出」を左右することしかできない。一方, 「評価規範」として作用する行為規範が裁判官を名宛人として呈示する違法認定基準は, 行為時の市民にとっては直接左右できない「結果惹起」そのものである。両者の間で事実上生じてくるこの懸隔は, 「最小限にまで」縮められなければならない⁽¹⁵⁴⁾。そこで, 「(事前的に見て) 市民に

(151) *Rudolphi*, Inhalt, S. 64.

(152) *Wolter*, Strafwürdigkeit, S. 294f. は, 結果犯の客観的不法構成要件にとって重要なのは「客観的に認識可能/帰属可能かつ行為者により認識された結果危険が, 結果の中に行為相当かつ客観的帰属可能な形で実現した」ことであって, 「行為不法と結果不法とは法的・事実的統一性」をなす, として客観的帰属が結果犯の客観的構成要件(評価規範該当性)である旨を明らかにしている。また Vgl. *dens*, Tatstandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Überlegung zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1991 (以下, Verhalten), S. 549.

(153) Statt vieler, SK-*Rudolphi*, Vor §1, Rn. 57, 62f.

(154) Vgl. *Wolter*, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, in: Gimbernat u. a. (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995 (以下, Objektive Zurechnung), S. 9.

とって統制可能だった危険創出へと（事後的に）帰属可能な結果惹起だけが、結果犯構成要件に該当する結果惹起である」と解することで、事後判断による市民への不意打ちを防止しようというわけである⁽¹⁵⁵⁾。

このような客観的帰属の精神は、刑法目的の観点から見ても合理的であるという。客観的帰属の判断に刑事政策的な合目的性が認められるのは、国民が帰属判断に納得して自ら「法規範を内面化」し、以て爾後の一般予防的效果が期待される場合に限られるが⁽¹⁵⁶⁾、では国民が客観的帰属に納得するのはどんな場合かという、それは、「当該種類の結果を回避しようと思えば一定種類の行為をすべきでないことが明白であるにも拘わらず、行為者が正にその種の行為を行い、案の定、現実に結果を惹き起こした」と言えるときである。換言すれば、「事前的に定式化された危険創出の禁止が、事後的視点から見ても、今回の結果発生を回避する為の合目的的な措置だった」⁽¹⁵⁷⁾と認められる場合に初めて、当該結果をその危険創出禁止に違反した行為へと帰属することが「納得」を得るのである。

こうして見ると、「客観的帰属」とは、「結果が帰属されたのはその危険創出をしたせいだ」と国民に納得させ、それによって、違反された「危険創出禁止」の事実的妥当を回復するための判断である。正に志向的行為帰責論のいう「帰属」が、違反された「行為規則」（一次法）の爾後の安定化のために、メタ規則（二次法）としての「帰属規則」が行う事後処理判断だったように（2.3.2.3）、客観的結果帰属論のいう「客観的帰属」も、彼らのいう一次法的な行為規則：「危険創出禁止」を確証・安定化するために下される二次法的な制裁規範の発動なのである⁽¹⁵⁸⁾。しかし注意

(155) SK-Rudolphi, Vor §1, Rn. 62f. の論旨を参照。

(156) Vgl. Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977 (以下, Adäquanz) S. 273; Bernd Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 214.; Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 516.

(157) Schünemann, aaO (Fn. 156), S. 216.

(158) Vgl. Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1998, S. 46ff.; dens., Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssys-

を要するのは、同じく「制裁規範（二次法）による行為規範（一次法）の確証」と言っても、確証される一次法の規範内容が両理論において全く異なっているという点である。志向的行為帰責論が「帰属」を通して確証しようとする規範は、「結果惹起禁止」としての結果犯規定そのもの、例えば過失致死罪規定で言うところの「他者を死亡させてはならない」である。一方、客観的結果帰属論が「客観的帰属」を通して確証しようとする規範は「危険創出禁止」、即ち過失致死罪規定で言えば「行為時の事前判断において他者を死亡させる危険性の認められるような行為をしてはならない」という規範である。ここにいう規範とは、結果惹起に至らない為にはどう行動すればよいかという一般人の理性的判断、つまり実定化されていない日常の実践的な行動基準に他ならないのであって、「客観的帰属」は結局のところ「危険創出をしないような日常生活の仕方」を確証しようとするものである。

このように「行為規範（一次法）-制裁規範（二次法）」から成る規則階層モデルの発想を取り込んだことで、客観的結果帰属論の規範論理は非常に複雑なものになる。客観的結果帰属論によれば、客観的帰属とは、第一に、結果犯の構成要件該当性、即ち「評価規範」該当性の判断であった。しかし今や、第二に、客観的帰属は一次法である「危険創出禁止」を確証するための「制裁規範」の適用判断でもある、というわけである。客観的結果帰属論は、「客観的帰属」という要件の下にその両者の判断を一緒くたに行うことになるのであり⁽¹⁵⁹⁾、客観的帰属判断に様々な規範的・予防的評価が混入するもの、このような規範論理にその元凶がある。

4. 1. 3. 2 「規範の保護目的の理論」

以上で見た「客観的帰属」概念の特徴を最もよく体现しているのが、ル

tem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 48ff.

(159) 曾根威彦「客観的帰属論の方法論的考察」『田宮裕博士追悼論集 上巻』（信山社、2001）352頁参照。

ードルフィの援用する「規範の保護目的の理論」だと言えよう。この理論によると、過失犯においては「現実の具体的な結果惹起経緯が、行為者の違反した規範〔取締法規〕の保護目的内に含まれる場合に限って」結果の客観的帰属が肯定される⁽¹⁶⁰⁾、というのである。ここにいう「規範」とは、過失結果犯において所謂「(事前判断的な)客観的注意義務」を構成するものとして援用される各種取締法規・各種専門領域における技術規則等の実定規則のことであり、これが過失結果犯における「危険創出禁止」規範に当たる。そして、行為者がその取締法規に違反し（危険創出）、それによって当該取締法規が正に防止しようと狙っている類の（即ち、当該取締法規の保護目的内に含まれる）結果惹起経緯を実現してしまった場合には（危険実現）、当該結果惹起が行為者の取締規定違反のせいだったと断ずることにも納得がいく。そこで客観的帰属が肯定され、取締規定（危険創出禁止）の妥当回復が図られる。そして「規範の保護目的の理論」の特別な利点として強調されるのは、その帰属基準が「個々の取締法規の保護目的（立法趣旨）」という規範的基準であり、従来の帰属基準であった予見可能性・相当性・日常生活経験といった曖昧な事実的基準と比べて遙かに明確であることから、帰属範囲を有効に限定できるという点である⁽¹⁶¹⁾。

しかし、この理論に対しても以下のような規範論的批判が妥当する。この理論は、結果犯規定の行為規範違反を別の実定法規（取締法規）に対する違反に見出し、過失致死罪規定の行為規範違反は例えば「制限速度規定」違反であるとする。しかし、「人を死亡させた」という行動命題しか記述していない過失致死罪規定の行為規範違反要件（評価規範該当性）が、全く別個の実定規定のそれ（「制限速度超過運転」）に置換されるという論旨は規範論理的に見て正当化され得ない。また結局同じことであるが、結果犯の客観的帰属判断を通じて、結果犯規定とは全く別個の実定法規である「取締規定」の妥当が確証されなければならない理論的必然性も

(160) Statt vieler, SK-Rudolphi, Vor §1, Rn. 64.

(161) Vgl. Rudolphi, Schutzzweck, S. 551, 553, 554.

全く無い。この批判は、「結果犯規定」の行為規範違反要件とは「危険創出禁止」の違反である、と考える「客観的結果帰属論」全般に向けて既に述べた批判（4.1.1.2 参照）を繰り返したものにすぎないのだが、「規範の保護目的の理論」は、帰属基準の明確化を狙って「危険創出禁止」の違反を「実定取締規定」の違反に求めたために、客観的結果帰属論の規範論理上の誤謬がとりわけはっきりと見えてくるのである。

4.1.3.3 「人格的（個人的）帰属」概念

ルードルフィは、「客観的結果」とは別個に「人格的（personal）帰属」⁽¹⁶²⁾ あるいは「個人的（individuell）帰属」という概念を立てる。これは、第一に「外部的行動の人格的帰属」という要件として現れ、行為者本人が「身体的活動を意識的に操縦、すなわち回避あるいは惹起するという可能性を持っていた」こと⁽¹⁶²⁾を要求する。第二に「規範違反的行動の個人的帰属」という要件として現れ、行為者本人が「自己の決意を規範適合的に動機づけるその能力に基づいて、禁止された危険な行為を行わない能力、あるいは命令された救助に適した行為を行う能力を有していた」こと⁽¹⁶³⁾を要求する。この二段階の人格的帰属がそれぞれ「客観的結果」判断の前と後に配置され、①「外部的行動の人格的帰属」、②「客観的結果」（結果犯規定の評価規範該当性）、③「規範違反的行動の個人的帰属」という三段階の帰属体系が帰結するようである。この二段階の「人格的帰属」は、志向的行為帰責論のいう二段階の「帰属」（「行為帰属」と「責任帰属」。3.1.1, 3.2.2 を参照）と正に同じ概念であり、帰結する帰属論体系も、志向的行為帰責論の提唱する、①「行為帰属」（Rz-1規則適用）、②「行為規範違反」（Ro 規則適用）、③「責任帰属」（Rz-2規則適用）から成る三段階の犯罪論体系と外見上酷似している。

尤も、その実質は異なる。志向的行為帰責論は、②の「行為規範違反」は結果犯規定（Ro）の評価規範該当性の判断である一方、①・③の「帰

(162) Rudolphi, Zweck, S. 80 [川口訳88頁]。

(163) Rudolphi, Zweck, S. 83 [川口訳90頁]。

属」は制裁規範（Rz）の適用判断であるとして、両判断に全く異なる役割を割り当てた。従って、結果惹起の認定に止まる②に対し、①・③の帰属判断こそが制裁規範固有の予防的・非難的考慮を引き受け、処罰の原動力となる。これに対し客観的結果帰属論では、②の「客観的結果」の段階でも制裁的考慮が働くため（4.1.3.1），①・③の「人格的結果」判断が本来担うべき制裁規範適用判断としての任務が一部分②へと移る。その結果、残った①・③は専ら処罰を「限定」する機能を担う、といったような必ずしも明瞭でない棲み分けが行われることになる⁽¹⁶⁴⁾。

4.1.4 小括

以上、ルードルフィの見解を中心に、客観的結果帰属論の構想を規範論の観点から批判的に検討した。

以上から判明するように、客観的結果帰属論と志向的行為帰責論とが対立する決定的な点とは、②の「行為規範違反（違法）」要件の段階において、意思決定規範違反性を「違法」要件と考えたことに端を発する「客観的結果」という概念定立を認めるか否か、なのである。以下の各節では、以上で確認したことを基礎として、客観的結果帰属論の諸側面を各論的に見ていく。

4.2 客観的結果帰属論の正当化論への伸張：

L. クーレンの見解について

4.2.1 正当化論への転用の素地

これまで検討してきた、ルードルフィ初め「客観的結果帰属論」の論旨は、実は正当化論においても裏返しの形で（「鏡像的に」⁽¹⁶⁵⁾）そのまま妥当

(164) 責任判断の専ら処罰限定的な性格付けにつき Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 20f. 不法非難と責任非難との重複に関し、伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田平＝大塚仁古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣，1993）303頁以下。

(165) Wolter, Objektive Zurechnung, S. 23. また Vgl. Rudolphi, Inhalt, S. 54f.

する。犯罪論において裁判官に呈示される正当化基準（正当化事由）は、対行為者関係では一定の行為の「許容」として現れ、禁止・命令と共働して意思決定規範として作用する⁽¹⁶⁶⁾。従って、ルードルフィの（誤った）規範論的推論はここでも現れる。「意思決定規範として働く場面での行為規範は、行為時の人間に認識・実現可能な行為を統制し得るにすぎない」のだから（4.1.1.1でも見た第1命題）、犯罪論上の「正当化」要件も、行為時の事前的見地から判断して、行為者の行った危険創出行為が「危険に陥っている他の法益を保護するという可能性・蓋然性・ほぼ確実といえる程の蓋然性をもたらす」ことであり、——優越的利益の原理に即して言い直せば——、事前判断において、行為者の「行為によって根拠付けられる〔事前的〕救助チャンスが、その行為に存する〔事前的〕危険性よりも高いものと評価される」ことである⁽¹⁶⁷⁾（第2命題の正当化事由バージョン）という。従って、正当化の為には、事前的見地から見て「法益侵害の客観的蓋然性を上回る法益救助の客観的蓋然性が創出された」ことで足り、現実に法益の救助（優越的利益の実現）が生じなくてもよい⁽¹⁶⁸⁾。

ここでは既に、「客観的帰属」論の一端が正当化論に転用されているのである。というのも、ここで行われている論証は、事前的に見て「行為価値」（チャンス創出）が「行為無価値」（危険創出）をうち消せば——言い換えると、行為者が「行為に内在するチャンスと危険性との比較衡量」を事前的に適切に行って行動したならば——、仮に事後的に優越的利益を実現したとは言えない結果（違法結果）が発生した場合であっても、当該違法結果は帰属されないということであり、これは事前判断的な「危険創出」否定による客観的帰属阻却に他ならないからである。そうだとすれば、客観的帰属におけるもう一方の判断段階、即ち事後判断的な「危険実現」が否定されることによって、優越的利益の実現と言えない結果（違法結果）の

(166) Rudolphi, Rechtfertigungsgründe, S. 377; ders., Prüfung, S. 80f.

(167) Rudolphi, Rechtfertigungsgründe, S. 378, 381, 383f.; ders., Prüfung, S. 81.

(168) Rudolphi, Prüfung, S. 82f., 88, 90, 92.

客観的帰属が阻却される、という場面も考えられるのではないか。この点が、近時クーレンによって、同意という正当化事由を例に詳細に論じられている。以下、彼の論旨を概観しよう。

4.2.2 客観的帰属論の「患者の同意論」における展開

まず、結果犯規定の「行為規範違反」要件は事前判断的な「危険創出」である、という前提はクーレンにおいても同じである⁽¹⁶⁹⁾。クーレンはそこから一步進んで、①「客観的構成要件論」の次元において、結果惹起の「法的に否定的評価を受ける危険創出」が認められただけでは「表見的な」(prima facie) 行為規範違反と言えるに止まり、②更に「違法論」においてその行為が（事前判断的に）「正当化されないこと」まで確定して初めて「最終的な」(definitiv) 行為規範違反であるとする⁽¹⁷⁰⁾。それに応じて、客観的帰属判断も二つの場面で行われ得ることになる。第一に、結果を①の「危険創出行為」に帰属するという、構成要件論における従来の客観的帰属。第二に、これに新たに加えられるのが、結果を②の「正当化の欠如」に帰属するという、違法論における客観的帰属である。この第二の客観的帰属論は、「患者の同意論」において、以下の(1)・(2)という形で具体的に展開されている。

(1)「仮定的同意」論。医師による医的侵襲は、患者による現実の同意があれば正当化されるが、医師による事前の説明・情報提供が不十分であったため、患者の当該同意には瑕疵があると認められた場合、正当化は認められない（正当化の欠如）。しかし、医師が仮に合義務的な説明を行っていたと仮定しても、その場合も結局患者は当該侵襲に同意していただろうと考えられる場合、医師の説明義務違反（正当化の欠如）と侵害結果（患者

(169) 前掲注(13)、注(25)所掲の文献参照。

(170) *Kuhlen*, Ausschuß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001 (以下, Ausschuß), S. 432; *ders.*, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin, 2001 (以下, Rechtfertigungsgründe), S. 332.

の自己決定を欠いた侵襲)との間に義務違反連関が存在しないので、客観的帰属が阻却される。

(2)「医師の説明義務の保護目的」論。医師が侵襲に伴う危険について患者に情報提供しなかったため、患者の当該同意には瑕疵があると認められ(正当化の欠如)、且つ、侵襲の結果、患者に実際に健康障害が発生したとしても、当該健康障害の中に実現したのが医師が説明を怠った危険ではなく、患者が説明を受けていた危険、或いは医師が説明する義務のなかった危険だった場合には、この健康障害結果は医師の違反した説明義務の保護目的内にはないので、客観的帰属が阻却される⁽¹⁷¹⁾。

(1)・(2)は、「義務違反連関」や「規範の保護目的の理論」といった客観的帰属論の定式を応用したものである。「医師の説明義務」のように、結果発生危険を伴う職種の現場において行為指針(義務)が規則化・マニュアル化され得る場面では、常に、この規則への違反を「危険創出」(行為規範違反)として結果犯の客観的帰属判断を行う、前述の「規範の保護目的の理論」型の帰属論が介入してくる余地があるのである。

4.3 客観的結果帰属論の犯罪予防観：D. クラッチュの見解について

以上で見てきたところから、客観的結果帰属論の論旨は全て、行為時の行為者が「意思決定規範」に違反する態度を示したことを、犯罪論において「評価規範」該当性としての違法要件論において考慮するという、(誤った)規範論的推論に端を発していることが分かった。では、客観的結果帰属論は何故そのような規範論的推論を前提としたのか。客観的結果帰属論は何故、行為者が今まさに「意思決定規範」に違反する態度を示してい

(171) 以上, *Kuhlen*, Ausschuß, S. 435f.; *ders.*, Rechtfertigungsgründe, S. 337ff. また *Klaus Ulsenheimer*, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, NSTZ 1996, S. 133; *ders.*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3 Aufl., 2003, S. 148 ff. (Rn. 129ff.)

る」という行為時の事情を、裁判時の裁判官が——実況であるかのように——「評価規範に該当した」こととして認定しなければならない、と考えるのであろうか。

その答えは、「犯罪論と予防との関係」をめぐる客観的結果帰属論が抱えている独特のイメージにあると言えよう。刑法が①「立法（刑の法定）」・②「判決（科刑）」・③「刑の執行（行刑）」の三段階において予防効果を発揮し得ることは一般に認められている⁽¹⁷²⁾。しかし、犯罪論（刑法理論）の任務とは——少なくとも志向的行為帰責論の理解によれば——②の「判決」による積極的（統合）一般予防に尽きるのである。何故なら、犯罪論（刑法理論）とは、①「立法」（刑法規定の存在）による消極的一般予防という第一の予防線が既に（当該行為者によって）破られてしまった後で、その犯罪を認定し（評価規範）、制裁化する（制裁規範）という、事後処理の為の体系に他ならないからである⁽¹⁷³⁾。ところが、これに対して客観的結果帰属論は、犯罪論を構成するにあたって——犯罪論を議論する者は必ず裁判時に立っているにも拘わらず——、今まさに行為時の行為者が犯罪を犯しているその過程を実況として眺め、それに対応して予防策を講じていくというイメージ⁽¹⁷⁴⁾を抱き続けているのである。その最たるものがクラッチュの帰属論構想である。

クラッチュ曰く、刑法が法益保護という任務を果たす際、「目標が最適に実現される」形式を採らねばならない⁽¹⁷⁵⁾。そして「多数人の統制・調

(172) C. ロクシン（井田良訳）「国家の刑罰の意義と限界」同（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂，1984）19頁以下参照。

(173) この点、山中敬一「犯罪論の規範構造」産大法学34巻3号（2000）385頁以下参照。

(174) このような犯罪論構成を「同時進行的な」ものとして批判し、純粹に事後的な「認識論的」犯罪論を構想するのが、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣，1994）79頁以下，同「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』（信山社，2003）596頁以下。また，Neumann, Rezension von Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, GA 1987, S.280.

(175) Dietrich Kratzsch, Prävention und Unrecht — eine Replik, GA 1989（以

節された共働作用によれば、単に一人の人間（行為者）によって任務（法益保護）が引き受けられる場合と比べてよりよい行為帰結が達成される」のであり、行為者、被害者、第三者、裁判官…といった意思形成の担い手が「共働で規範目標の最適な実現を目指す」形式を整えるのが不法論の役割である。「刑法は、行為者の危殆化行動を構造化することに甘んじるのではなく、その規制の中に、計画的に、答責的な者全ての危険回避行動をも取り入れる」のである⁽¹⁷⁶⁾。そこで、刑法における結果帰属原理となるのは、各当事者に対する、法益侵害防止にとって最適な「任務の分化と分配」「コスト・リスク分配」「答責分配」であり⁽¹⁷⁷⁾、この最適な分配を通じて実効的な犯罪の事前予防を実現する犯罪論が必要だということである。

このような観点から、クラッチュは、志向的行為帰責論の事後処理的な犯罪論（積極的一般予防＝統合予防論）を批判する。「刑法上の不法規範は、目標促進的な措置と影響力の行使で以て、目標実現の全体的プロセスを最適に統制すべく試みるような行動システムとして構成される」のであり、事後的な制裁以外にも「膨大な規制が、規範最適化という目標の為に、不法構成要件において…『作動』している」のである。従って、事後的制裁による規範信頼の安定化が、刑法上の不法制圧の唯一の目標であるわけでは決してない。事後処理的（統合予防論的）な犯罪論構想は、「包括的な刑法の役割設定に鑑みて、著しく偏狭な狙いを定めたもの」に他ならない⁽¹⁷⁸⁾、と。クラッチュ理論の詳細をここで検討することはできないが、明らかなことは、クラッチュの言う「犯罪の処罰（事後処理・積極的一般予防）以外の方法で刑法が不法制圧を行う場面」とは、犯罪論（刑法理論）の範疇の議論ではない、ということである。裁判官の事後的規則適

下, Prävention), S. 51f.

(176) Kratzsch, Aufgaben-und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Dietrich Oehler, 1985 (以下, Aufgaben), S. 68 f.

(177) Kratzsch, Prävention, S. 73ff.; ders., Aufgaben, S. 66.

(178) Kratzsch, Prävention, S. 52f.

用に関わる「犯罪論」にできることは、せいぜい統合予防論的な犯罪の事後処理でしかない。クラッチュ初め客観的帰属論者が行う事前判断的な要件定立は、行為者が犯罪を犯す前にそれを予防・制圧するという犯罪論以外（刑事政策や法社会学）の視点を犯罪論の視点と混同するものである。

4.4 客観的結果帰属論の犯罪論体系：J. ヴォルターの 見解を中心に

最後に、客観的結果帰属論から帰結する犯罪論体系を、志向的行為帰属論から帰結する犯罪論体系と比較して、本稿の考察を締め括ることにしよう。客観的結果帰属論の立場から犯罪論体系を詳細に論じている論者にヴォルターがいる。以下、彼の体系論構想を批判的に検討する。

4.4.1 前提

まず前提として、ヴォルターの規範論・「客観的帰属」論がどんなものかであるが、彼の主張は、4.1で見た客観的結果帰属論の基本的構想とはほぼ全面的に同旨である。まず、例の規範論的推論（4.1.1.1）に従って、結果犯の行為規範違反（不法）要件は事前判断的な「結果惹起の危険創出」であるとされる⁽¹⁷⁹⁾。「客観的帰属」はこの「危険創出」（意思決定規範違反性）と「結果無価値」とを繋ぐための要件であり、客観的帰属の判断を通じて「行為無価値とそれに依拠する結果無価値との法的統一性」⁽¹⁸⁰⁾が確認されることで、結果犯の「客観的不法構成要件」が充足されるという⁽¹⁸¹⁾。従って、客観的帰属の判断とは結果犯規定の「評価規範該当性」判断であり、客観的結果帰属論の一般的理解に従えば、同時にま

(179) Wolter, Adäquanz, S. 257, 261, 263; ders., Verhalten, S. 546; ders., Objektive Zurechnung, S. 11; ders., Strafwürdigkeit, S. 272, 305（またこのことは憲法的要請でもあるという）。

(180) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 295（傍点は原文イタリック体）。

(181) Vgl. Wolter, Strafwürdigkeit, S. 271.（結果犯の不法要件は第一に「結果危険の故意的・過失的創出」だが、「結果への危険実現に見られる結果無価値に照らして…評価規範に結びついた要素の分だけ拡大」する、という。）

た「制裁規範」の適用判断による行為規範（「危険創出禁止」）の確証でもある（4.1.3.1）。こうして客観的帰属の關係で結ばれた「行為無価値（危険創出）と結果無価値（危険実現）との一体性」を強調するヴォルターであるが、他方でまた彼は、二つの重要な理由から、この両者をなお明確に区別しておくことが必要であるという。第一に、危険創出判断は「事前判断」、危険実現判断は「事後判断」であって、両者は判断の視座が異なっているということである⁽¹⁸²⁾。第二に、行為無価値（危険創出）に対しては行為者の主観的要件——認識（故意）・主観的認識可能性（過失）——が及ぶ必要があるが、それ以降の結果無価値（危険実現）に対しては決して及ぶ必要がない、ということである。行為時の行為者に対し、その後の危険実現についての認識（可能性）を要求することはできないからである。従って「行為不法は客観的かつ主観的なものであるが、結果不法は厳格に客観的なものである」⁽¹⁸³⁾。また、禁止の錯誤（違法性の認識）（独刑法17条）・責任能力（同19, 20条）・免責的緊急避難（同35条）における「責任」要件も、行為（危険創出）の時点において問われるにすぎない⁽¹⁸⁴⁾。従って、行為者の認識（可能性）・責任は、危険創出にのみ関連する要件である（そのためヴォルターはこれを「行為故意」「行為責任」とも呼ぶ）⁽¹⁸⁵⁾。ここでヴォルターが「故意」という要件を——志向的行為帰責論者が見るように一種の「帰属判断」としてではなく——行為時における行為者の認識という、純然たる心理状態として把握していることは明らかである⁽¹⁸⁶⁾。

以上の区別の視点から、彼の犯罪論体系の骨格を形作ることになる。

(182) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 272, 286; ders., Objektive Zurechnung, S. 10.; ders., Verhalten, S. 550.

(183) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 296（傍点は筆者）。

(184) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 272.

(185) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 278.

(186) Wolter, Strafwürdigkeit, S. 291は「自然主義的に理解された故意」という言い方をしている。

4.4.2 犯罪論体系——「当罰性」要件論に限定して——

以上の前提を踏まえて、ヴォルターの犯罪論体系を眺めてみる。〈図表1〉は、彼が示している犯罪論体系図（但しその一部分）である。ヴォルターは犯罪論体系を「当罰性（可罰性類型）」と「要罰性（可罰性限定）」とに分けるが、後者において問題とされるのは犯行後の事情・客観的処罰条件・刑罰阻却事由等であるから、以下では本稿の関心上、前者のみを取り上げる。

第一の柱は、事前判断に服する要件と事後判断に服する要件との区別である。〈図表1〉において、③の客観的構成要件要素は「危険創出」、④の

〈図表1〉

	行為 (①)					
	結果危険の創出			結果危険の実現		
	社会的相当な危険 (独刑法 § 113Ⅲ) (②)					
当罰性 (可罰性類型)	落度ある不法 A. 不法 Ⅰ. 構成要件該当性 (不法構成要件)					
	1. 客観的 構成要件 (③)	主観的 構成要件 (④)	2. 因果関係逸脱 の客観的帰属 (③※・④※)	1. 客観的 構成要件 (⑤)	2. 因果関係逸脱 の客観的帰属 (⑤※)	
	Ⅱ. 違法性 (⑥)					
	B. 責任					
	Ⅰ. 「行為責任」 (他行為可能性) (⑦)			Ⅰ. a. 「所為責任」 (⑦※)		
		1. 故意/過失 2. 特別な責任 3. 独刑法 § § 19, 20, 17				

（Wolter, Strafwürdigkeit, S. 288 に示されている表。なお、各項目後の括弧内の数字①～⑦は判断の順序を筆者が書き加えたもの。また、事後判断による要件には筆者が斜線で網掛けをした。）

主観的構成要件要素はその認識（可能性）、⑤の客観的構成要件要素は「危険実現」を表す。③危険創出（行為不法の客観面）、④危険創出の認識（可能性）（行為不法の主観面）及び⑦「行為責任」が事前判断に服し——特に言及されていないが⑥「違法性」もそうであろう——、⑤危険実現（結果不法）が事後判断に服するとされる。なお、①「行為性」、②「社会的相当性」は、刑法的判断に入る前に、③の危険創出判断の対象となり得る行為を選定するための要件であり、これが事前判断と事後判断のいずれに服するのかは不明である（一方、志向的行為帰責論の観点からすれば、①の「行為性」判断は「行為帰属判断」の一部分として事後判断に服することが明らかである）。

第二の柱は、行為者の認識（可能性）が及ぶべき客観的要件は何か、という点である。そして、それは③危険創出だけである。それ以外は、認識（可能性）の対象たり得ない。まず、①の行為性要件とは、行為者の行動がおよそ「人間にとって支配・統制可能なもの」であることを意味する。身体の反射運動や雷を利用した殺人など「人間に統制・支配不可能な事柄」を利用した行動はおよそ法的判断の対象とならず、刑法的判断に入る前に行為性が阻却される。この点に故意が及ぶ必要はない⁽¹⁸⁷⁾。また②の社会的相当性とは、行為者の危険創出が「許されない」ものであるという要件である。取締規定を遵守する行為や、所謂「ショック侵害」の危険を創出する行為などは「許された」行為であり、その行為に事実的な危険創出（相当性）が伴っても刑法的評価の対象とはならない。行為者は、自分の行為の事実的な危険創出性（相当性）を認識すれば足り、それが「許されない」ものであるという点についての認識は不要である⁽¹⁸⁸⁾。最後に、事後判断に服する⑤危険実現は、既述の通り故意の対象とならない。

もう一点付言すべきは、ヴォルターが「因果関係の逸脱」及び「打撃の

(187) Wolter, Objektive Zurechnung, S. 8; ders., Strafwürdigkeit, S. 283f., 290.

(188) Wolter, Adäquanz, S. 263f., 266f., 274.; ders., Objektive Zurechnung, S. 8f.; ders., Strafwürdigkeit, S. 284ff., 290f.

錯誤」の事例を特別扱いしている点である。彼は、これらの事例群につき故意既遂犯の成立を認めるためには「特別な第三類型の客観的帰属」が必要であるという。何故なら、これらの事例においては本来、行為者の「故意の危険創出」（故意の未遂犯）と「過失の危険実現」（過失の既遂犯）しか存在しておらず、それにも拘わらず両者が一緒になると「故意の既遂犯」が成立することを説明しなければならないのであり、通常とは異なる客観的帰属要件が要求されるというのである（詳細は省略）。そのため〈図表1〉では、この事例群の為に危険創出要件（③※・④※）と危険実現要件（⑤※）とが別個に用意されており、この客観的帰属を経て——いわば擬制的に——故意既遂犯が成立したことを称して、特に「所為故意」又は「所為責任」（⑦※）と表現しているのである⁽¹⁸⁹⁾。

4.4.3 批判的考察

この犯罪論体系について問題とすべき点が多い。二点のみ検討する。

4.4.3.1 事前判断と事後判断との区別の不当性

第一に、事前判断か事後判断かによって要件を分断する方法論は、妥当なものとは言えない。まず、③危険創出の判断は、純粹に行為時の視点から結果発生の蓋然性を問う要件として位置付けられるべきではない。別稿で論じたことがあるが、行為者の一連の行動の中のどの点を捉えて「危険創出」と指定するかは、実は当該経緯全体を見渡し、客観的帰属上の問題となり得る点に目星をつけた上で事後の見地から決定されているのが実態であり、またそうでなければ危険創出要件は有効に機能し得ないのである⁽¹⁹⁰⁾。更に、④の主観的構成要件、⑦の責任要件が行為時の行為者に一定の事情（認識・責任能力等）が存在したことを問う要件にすぎない、という見方にも疑問がある。この見方は、故意・過失や責任は存在論的要件

(189) Vgl. Wolter, Objektive Zurechnung, S. 14ff.; ders., Strafwürdigkeit, S. 276 ff.

(190) 詳細は拙稿「相当因果関係と結果回避可能性（六・完）」早稲田大学大学院法研論集106号（2003）（156）頁以下を参照されたい。

ではなく事後的な帰属判断であるという、志向的行為帰責論からの原理的批判を免れないし⁽¹⁹¹⁾、何より客観的結果帰属論自身の本来の「志向無価値」観念と相容れない（上述 4.1.2.2）。

4.4.3.2 「裁判官による規則適用」という観点の欠如

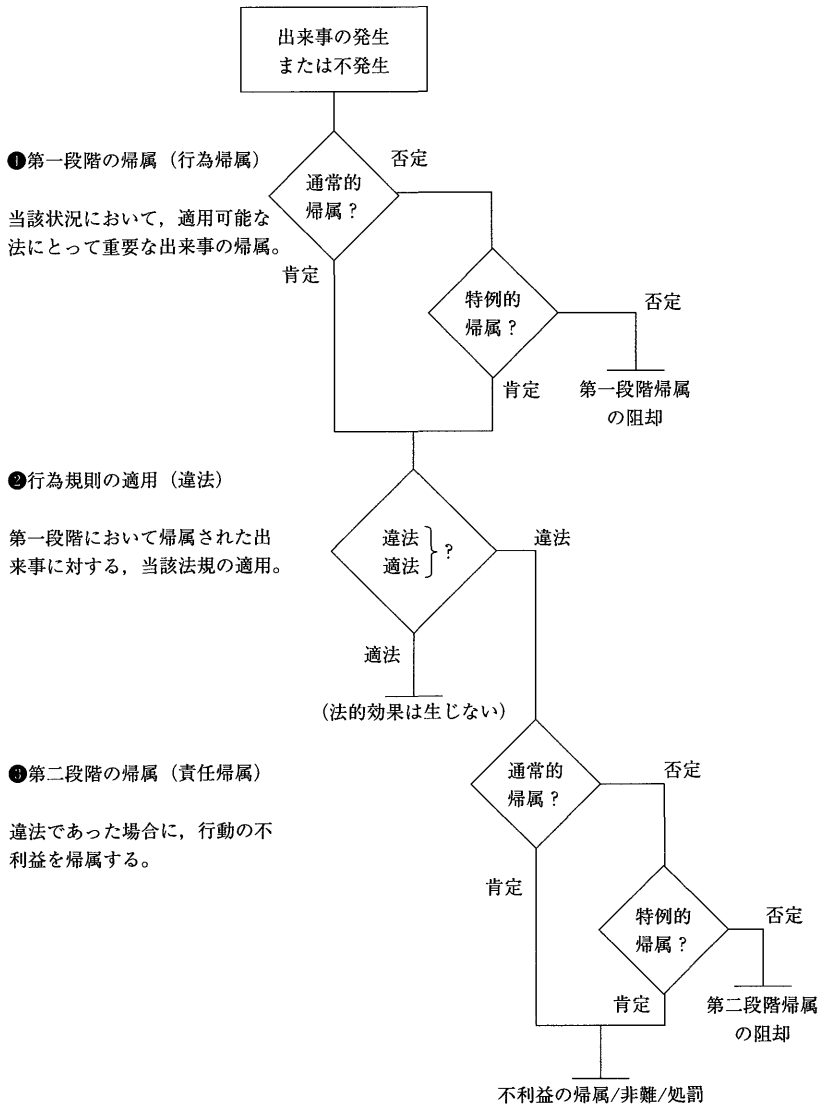
第二に、各要件の判断はそれぞれ裁判官による何らかの「規則の適用」に他ならない、という根本的な認識が、ヴォルターの犯罪論体系には欠けている。ヴォルター初め客観的結果帰属論者の犯罪論体系は、犯罪概念の定義に準拠して⁽¹⁹²⁾できており、裁判官の個々の規則適用判断に対応していない。例えば、故意は④と⑦に重複的に配置されているが、これは故意が構成要件と責任の両範疇に属するという概念的分類を表現したものにすぎず、裁判官が故意判定を二回行うわけではない。これに対し、志向的行為帰責論の犯罪論は、正に裁判官の規則適用に合わせて犯罪要件を整序したものであった。この点はルシュカの犯罪論構想で既に確認した通りであるが（3.1.1.1）、それを可視的に表したルシュカの犯罪論体系図を〈図表 2〉に掲げ、ここで再度振り返ってみる。犯罪論体系をヴォルターが「表」で表現し、ルシュカが「流れ図（フローチャート）」で表現しているのは、一見瑣末な表記方法の違いにも見えるが、実はここに既に両理論の視座の差異が象徴的に現れていると言えるのである。

〈図表 2〉において、①の「行為帰属」判断とは「行為帰属規則：Rz-1」の、②の「違法」判断とは「当該結果犯規定（評価規範）：Ro」の、③の「責任帰属」判断とは「責任帰属規則：Rz-2」の裁判官による適用である。そして、②において当該結果犯規定に該当すると判定された行為者の結果惹起（評価規範該当事実）が、二次法（制裁規範）である①・③の帰属規則適用（帰属判断）によって「処罰に値するもの」と宣言（判

(191) 故意の徹底した帰属論的・構成主義的把握を示したものとして、増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』（勁草書房、2004）50頁以下、480頁以下参照。

(192) Vgl. Hruschka, Strafrecht (aaO, Fn.46), S. XIff.

〈図表 2〉



（Hruschka, Imputation (aaO, Fn. 20), S. 166 に示されているフローチャート。但し一部を省略した。）

決) されることにより、一次法(行為規範)である当該結果犯規定の爾後の妥当回復・安定化が図られる。

ルシュカの犯罪論体系から改めて認識させられるのは、全ての要件充足の判断は裁判官による「事後判断」に他ならない、という点である。客観的結果帰属論にはこの点の認識が決定的に欠落している。このように批判するならば、客観的結果帰属論からは、「犯罪認定を行うのは裁判時の裁判官である」という意味において全ての判断が「事後判断」であるのは当然だ、しかしその点から具体的要件論の内容について何か重要な帰結が出て来るわけではない、との反論がなされるかもしれない。しかし、これらの判断が全て事後判断であるという点に基づいて、犯罪論全体に多大な帰結がもたらされることは、前章(3)の志向的行為帰責論の検討から明らかである。また、客観的結果帰属論者が誤った規範論的推論(4.1.1.1)に陥ったのは、これらの判断が全て裁判官による事後判断であるということの意味を、彼らが十分に理解していないことの証左に他ならないのである。

5 結 語

紙幅の都合上もはや総括を行うことができなくなった。しかし、志向的行為帰責論と客観的結果帰属論という二つの帰属論的潮流の全体像は前章までで述べてきた通りであり、そこでの検討から、本稿は、「犯罪論(刑法理論)」という枠内で議論する限り、志向的行為帰責論の理論構成が規範論的に正当なものであると確信する。しかし、志向的行為帰責論から帰結してくる各種の理論構成が、果たして実際の裁判実務において援用し易いものであるかどうかについては、具体的・各論的に検討する必要がある。そこでは再び、客観的結果帰属論との比較がなされなければならない。各論的考察を期して、本稿の基礎理論的考察を終えることにしたい。